

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ190004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 20. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Dr. iur. B. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

gegen

D. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Vaterschaft**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Affoltern vom 8. Oktober 2018 (FK170013-A)**

Erwägungen:

1.1 Mit Verfügung und Urteil vom 8. Oktober 2018 entschied die Vorinstanz über die von der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) eingereichte Klage wie folgt (Urk. 67 S. 19 ff.):

Das Einzelgericht verfügt:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Vom Rückzug des Antrags Ziffer 2 der Klägerin (Unterhaltsregelung) wird Vormerk genommen und das Verfahren hinsichtlich Regelung des Unterhalts als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

und erkennt sodann:

1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte, D._____, geboren am tt. April 1968, Staatsangehöriger von Deutschland, der Vater der am tt.mm.2016 geborenen Klägerin, A._____, Staatsangehörige von Deutschland, Tochter der C._____, geboren am tt. April 1979, Staatsangehörige von Deutschland, ist.
2. Die elterliche Sorge für die Klägerin, A._____, geboren am tt.mm.2016, wird beiden Eltern, mithin D._____, geboren am tt. April 1968, sowie C._____, geboren am tt. April 1979, beide Staatsangehörige von Deutschland, gemeinsam übertragen.
3. Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der AHV-/IV-Renten werden ausschliesslich der Mutter der Klägerin angerechnet.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage).

Dieses Urteil erging zunächst in unbegründeter, hernach auf Begehren des Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) in begründeter Form (Urk. 47; Urk. 57; Urk. 60 = Urk. 67).

1.2 Hiergegen erhob die Verfahrensbeteiligte und Kindsmutter (fortan Kindsmutter) mit Schreiben vom 27. Februar 2019 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 28. Februar 2019) explizit im Namen der Klägerin innert Frist für diese Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 66 S. 1 ff.):

- "1. **Antrag auf Beschluss** zur Nichtzuständigkeit des Bezirksgericht Affoltern am Albis zur Durchführung der Prozessangelegenheit A'._____ (im weiteren A._____ - beim Bezirksgericht Affoltern am Albis als A._____, geboren am tt.mm.2016 geführt) ./.
D._____.
2. **Antrag auf Beschluss** zur Abweisung der Klage von A._____, vertreten durch die "angebliche" Beiständin Frau B._____ (eingesetzt durch die KESB als Dritte) sowie Frau E._____, da diese zum Zeitpunkt der Verhandlung am 12/06/2018 seit mindestens dem 01/05/2019 kein Mandat der KESB hatte und so als nicht berechnigte und mandatierte Dritte vorgibt, die Beiständin zu sein.
3. **Antrag auf Beschluss und Beschwerde zur Aufhebung eines bereits ausgeführten Urteils** des Bezirksgericht Affoltern am Albis und nur bei begründeter Zuständigkeit den "Fall" an eine andere Kammer zu verweisen.
4. **Gebühren bei Abweisung der Abhilfe** (Abänderung der Entscheidung) müssen zu 50:50 aufgeteilt werden.
5. **Antrag auf Beschluss: A. _____ ist kein "eidgenössisches Eigentum"** Ich fordere per Beschluss zu entscheiden: Das alleinige Recht für das geborene Kind liegt nur bei den Eltern und wird auch nicht mit Geburt auf Dritte übertragen.

Ich beantrage insgesamt, die Klage abzuweisen oder aufgrund der o.g. Rechtsverstösse begründet neu an eine andere Kammer zu verweisen."

1.3 Die Kindsmutter erhob die Berufung ausdrücklich im Namen ihrer Tochter A._____; die Berufung ist dementsprechend unterzeichnet (Urk. 66 S. 1 und S. 5). Demzufolge ist als Berufungsklägerin die Klägerin und nicht die Kindsmutter im Rubrum als Berufungsklägerin aufzuführen.

2. Die Kindsmutter erhebt Berufung und Beschwerde (Urk. 66 S. 1). Sie beantragt – nebst der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 8. Oktober 2018 und dem Nichteintreten auf die Klage bzw. der Klageabweisung – die hälftige Verteilung der vorinstanzlichen Kosten (Urk. 66 S. 1 ff.). Gegen das vor-

instanzliche Urteil vom 8. Oktober 2018 steht – wie von der Vorinstanz zutreffend angegeben (Urk. 67 S. 20 f. Dispositivziffer 7) – das Rechtsmittel der Berufung offen (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Kostenentscheid ist grundsätzlich zusammen mit der Hauptsache anfechtbar. Da die Streitsache vorliegend berufungsfähig ist, kann mit dem Sachentscheid auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden, ohne dass separat Beschwerde erhoben werden müsste. Eine solche Kostenbeschwerde ist nur dann angezeigt, wenn das erstinstanzliche Urteil lediglich im Kostenpunkt angefochten werden soll (Art. 110 ZPO). Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb kein separates Beschwerdeverfahren durchzuführen ist.

3.1 Am 23. Mai 2017 wurde für die Klägerin von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Affoltern (fortan KESB Bezirk Affoltern) eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Als Beiständin wurde Dr. iur. B._____ vom Amt für Jugend und Berufsberatung Kanton Zürich, Regionaler Rechtsdienst, in Horgen ernannt. Ihr wurden folgende Befugnisse übertragen (Urk. 2/1 S. 4):

- a. für die Herstellung des Kindesverhältnisses von A._____ zu ihrem Vater besorgt zu sein und dazu nötigenfalls Klage einzureichen, wofür Vollmacht mit Substitutionsrecht erteilt wird,
- b. A._____ bei der Wahrung ihrer Interessen in Bezug auf den Unterhalt gegenüber dem Vater zu vertreten, nötigenfalls Klage auf Unterhaltsleistungen einzuleiten, wofür Vollmacht mit Substitutionsrecht erteilt wird.
- c. nach Abschluss einer aussergerichtlichen Unterhaltsvereinbarung die Genehmigung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern einzuholen.
- d. für den Fall der Feststellung der Vaterschaft A._____ im Prozess bei der Wahrung ihrer Interessen in Bezug auf die elterliche Sorge und allfälliger Nebenpunkte soweit nötig zu vertreten,
- e. für den Fall, dass von der Feststellung der Vaterschaft oder der Regelung des Unterhalts abgesehen werden soll, darüber rechtzeitig Bericht und Antrag einzureichen.

3.2.1 Die Vertretungsmacht steht den Eltern nur im Umfang ihrer elterlichen Sorge zu (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Sie besteht daher nicht bei Entziehung oder Einschränkung der elterlichen Sorge aufgrund einer Massnahme des Kindesschutzes

(Art. 307 ff. ZGB). Bei Interessenkollision entfallen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit von Gesetzes wegen (Art. 306 Abs. 3 ZGB). Damit ist die elterliche Vertretungsmacht ausgeschlossen, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen. Ob eine Interessenkollision vorliegt, ist abstrakt und nicht konkret zu bestimmen, d.h. es ist nicht darauf abzustellen, wie viel Vertrauen der gesetzliche Vertreter im Einzelfall verdient (BSK ZGB-I-Schwenzer/Cottier, Art. 306 N 4). Eine Interessenkollision besteht bei Klagen des minderjährigen Kindes auf Unterhalt gegen beide Eltern sowie sämtliche Klagen, bei denen Eltern und Kinder als Prozessgegner auftreten.

3.2.2 Eine Beistandschaft zur Feststellung des Kindesverhältnisses wird dann errichtet, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Mutter nicht von sich aus für Abhilfe sorgt oder dazu ausserstande ist. Vorliegend wurde der Beiständin gemäss Entscheid der KESB Bezirk Affoltern vom 23. Mai 2017 die Befugnis eingeräumt, die Klägerin im Verfahren betreffend Feststellung der Vaterschaft zu vertreten. Dabei wurde die Vertretungsbefugnis der Eltern – vorliegend relevant bezüglich Kindsmutter – nicht explizit beschränkt (Art. 308 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 314 Abs. 3 ZGB; CHK-Biderbost, Art. 308 N 20 ff. mit Verweis auf Art. 314 N 6; BSK ZGB-I-Breitschmid, Art. 308 N 7). Damit wären grundsätzlich sowohl die Beiständin als auch die Kindsmutter befugt, die Klägerin zu vertreten.

Die Beschränkung zur Vertretung der Klägerin ergibt sich für die Kindsmutter im vorliegenden Fall indes gestützt auf Art. 306 Abs. 3 ZGB: Die Klägerin hat Anspruch auf Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater und Beklagten (Art. 119 Abs. 2 lit. g BV; Art. 8 EMRK), d.h. auf Erstellung der Rechtsbeziehung zum Vater. Die rechtliche Feststellung des Kindesverhältnisses ist eine notwendige Voraussetzung (u.a.) der Unterhaltspflicht. Zwar kann die Unterhaltspflicht vom Beklagten vertraglich übernommen werden, indes ergibt sich diese dann nicht aus dem Familienrecht (BGE 142 III 545 E. 3.1 mit Verweis auf BGE 136 IV 122 E. 2.1). Zudem beruhte eine solche weder auf einem Urteil noch auf einer von der Kindesschutzbehörde genehmigten Vereinbarung. Damit stellte sie keinen defini-

tiven Rechtsöffnungstitel dar. Schliesslich hängt auch die Eigenschaft als Nachkomme vom rechtlichen Familienbegriff ab, weshalb die gesetzliche Berufung des Kindes zur Erbfolge beim Fehlen eines formellen Kindesverhältnisses zum Vater gefährdet wäre. Die Feststellung der Vaterschaft liegt damit im Interesse des Kindes und kann nicht der freien Verfügung der Kindsmutter überlassen werden (BGE 142 III 545 E. 3.1-3.2 = Pra 106 [2017] Nr. 90 E. 3.1-3.2).

Vorliegend weigert sich der Beklagte, die Vaterschaft in rechtlich verbindlicher Weise anzuerkennen: Er will diese lediglich dann anerkennen, wenn im Gegenzug den zuständigen Behörden untersagt wird, die entsprechende Information ("Meldung") an die Bundesrepublik Deutschland weiterzuleiten (Urk. 31 S. 4). Des Weiteren teilte er mit, nur eine Geburtsurkunde mit dem Namen A'._____ und ihm als Vater zu unterschreiben (Urk. 2/5 S. 2 = Urk. 33/4; Urk. 31 S. 2; Urk. 33/2 S. 1 f.). Zwar hat die Kindsmutter den Namen des Beklagten bekanntgegeben, lehnte aber Weiterungen ab; Vaterschaft und Unterhalt hätten sie und der Beklagte untereinander zur Zufriedenheit aller Beteiligten geregelt, weshalb es keiner Nachjustierung bedürfe. Sodann beantragte sie, dass keine Daten an die Bundesrepublik Deutschland weitergeleitet würden (Prot. VI S. 5 ff.; Urk. 2/5 S. 1 f. = Urk. 33/4, Urk. 18 S. 1 f.; Urk. 28 S. 3; Urk. 33/2 S. 1 f.; Urk. 36 S. 1; Urk. 66 S. 1 f.). Mit ihren Anträgen im vorliegenden Berufungsverfahren stellt sich die Kindsmutter in der Sache gegen die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft. So beantragt sie die Abweisung der Klage und will auch letztlich die Aufhebung der Beistandschaft, indem sie ausführt, diese sei zur Vertretung der Klägerin nicht legitimiert. Diese Ablehnung schadet dem Anspruch ihrer Tochter, der Klägerin, auf Erstellung der Rechtsbeziehung zum Vater. Wie ausgeführt reicht es nicht aus, dass die Kindsmutter mit dem Beklagten eine Regelung bezüglich Unterhalt und weiterer Kinderbelange getroffen hat. Somit will die Kindsmutter von sich aus keine Abhilfe schaffen bzw. ist hierzu ausserstande. Demzufolge besteht nicht lediglich in abstrakter, sondern zusätzlich auch in konkreter Hinsicht eine Interessenkollision. Entsprechend entfällt vorliegend für die Kindsmutter die Befugnis, die Klägerin im Verfahren betreffend Feststellung der Vaterschaft zu vertreten, von Gesetzes wegen, weshalb es ihr an der Legitimation zur Erhebung der Berufung

im Namen der Klägerin fehlt. Im Ergebnis ist auf die Berufung nicht einzutreten. In eigenem Namen hat die Kindsmutter keine Berufung erhoben.

3.3 Der Vollständigkeit halber und ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beiständin – entgegen der Ansicht der Kindsmutter (Urk. 66 S. 2) und ungeachtet dessen, ob sie der gemäss Entscheid der KESB Bezirk Affoltern vom 23. Mai 2017 auferlegten Pflicht zum Erstellen eines Berichtes nachgekommen ist (vgl. Urk. 5/1 S. 4 Disp. Ziffer 2b) – nach wie vor rechtmässig bestellt ist. So bleiben die einmal getroffenen Anordnungen solange bestehen, bis sie aufgehoben werden (BSK ZGB-I-Breitschmid, Art. 307 N 20). Da keine Aufhebungsentscheid der KESB bezüglich Beistandschaft ergangen ist, ist die Beiständin nach wie vor im Amt. Dabei kann offenbleiben, ob sie ihrer Pflicht zur Berichterstattung nachgekommen ist; die diesbezügliche Prüfung obliegt nicht dem Gericht. Ohnehin änderte dies allein nichts: Im Bericht kann die Beiständin *Antrag* stellen, ob die Beistandschaft fortzuführen oder aufzuheben ist. Der Entscheid darüber indes obliegt allein der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 314 ZGB). Sodann bleibt die Massnahme letztlich ein behördlicher Zwangsakt und kein reines Angebot (CHK-Biderbost, Art. 308 N 6). Damit ist auch dem Argument der Kindsmutter gegen die rechtmässige Bestellung der Beiständin der Boden entzogen, sie habe das Angebot stets abgelehnt (Urk. 18 S. 1; Urk. 28 S. 2; Urk. 66 S. 1).

3.4 Dementsprechend erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Stellungnahme der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die zweitinstanzliche Gebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzulegen. Die Kosten sind der Verfahrensbeteiligten und Kindsmutter aufzuerlegen, da diese unberechtigterweise für die Klägerin Berufung erhoben und damit unnötige Kosten verursacht hat (Art. 108 ZPO).

4.2 Dem Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Verfahrensbeteiligten C. _____ auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, an die Klägerin und den Beklagten je unter Beilage einer Kopie der Urk. 66 und Urk. 68/1-3, an den Beklagten mittels Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich, sowie an die Vorinstanz, und nach Eintritt der Rechtskraft an das Migrationsamt des Kantons Zürich, das Bezirkszivilstandsamt Affoltern ZH sowie mit Formular an die Einwohnerkontrolle der Gemeinde Knonau ZH, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 20. Mai 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
am